

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Sección dirigida por el Prof. Dr. Luis Gracia Martín

NUEVAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES EN LAS RELACIONES ENTRE LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS Y CONTRABANDO

TERESA AGUADO CORREA

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Penal.
Universidad de Sevilla.

SUMARIO

I. Introducción. II. Vulneración del principio de proporcionalidad. III. Criterio para resolver el concurso de leyes. IV. Conclusión.

I. Introducción

La Sentencia de 1 de diciembre de 1997 ha supuesto un giro radical en la doctrina jurisprudencial existente hasta ese momento sobre la relación de concurrencia entre los delitos de tráfico de drogas y el delito de contrabando¹. En esta sentencia, el procesado recurrió en casación frente a la sentencia que le condenó como autor de un delito de contrabando en concurso ideal con tenencia de droga para el tráfico, alegando el acusado, como único motivo², la vulneración del principio *non*

¹ Cabe reseñar que no nos encontramos ante un pronunciamiento aislado sino que tiene como base un acuerdo del Pleno de la Sala del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1997, y además ha sido seguido por muchos otros en el mismo sentido (STS 30-12-97; 16-1-98; 22-1-98; 22-1-98; 2-2-1998; 16-2-98; 3-3-98; 7-3-98; 27-10-98; 12-11-98; 7-1-99; 3-2-99; 3-2-99; 5-3-99; 9-3-99).

² El tratamiento de la relación entre el delito de tráfico de drogas y de contrabando, en el que la postura de la doctrina y jurisprudencia eran totalmente opuestas, es calificado por GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*» *Material y Concurso de Leyes Penales*, Barcelona, 1995, p. 32, como paradigma de los supuestos en los que «la vulneración del

*bis in idem*³. La Sala da lugar al mismo, considerando que tras la Reforma de 1995 la concurrencia del tráfico de drogas y del contrabando de éstas, sólo da lugar en el nuevo derecho a un concurso de normas que se resuelve según lo establecido en el artículo 8.3 CP.

Con anterioridad, y con diversos fundamentos, el Tribunal Supremo había apreciado la existencia de un concurso ideal entre el delito de tráfico de drogas y el delito de contrabando. En un primer momento, el Tribunal Supremo entendió que ambos delitos concurrían idealmente en los casos de unidad de acción ya que nos encontrábamos ante un «supuesto típico de doble criminalidad» y, por lo tanto, «ante un concurso ideal de delitos en razón de la diversidad de bienes jurídicos protegidos por sendas infracciones, resolviéndose los problemas que su penalización entraña atendiendo a las prescripciones del art. 71 CP» (STS 27-1-86). Posteriormente, y tras las reiteradas críticas de la doctrina⁴ concernientes a lo artificial de la apreciación de dos bienes jurídicos y la vulneración que la estimación del artículo 71 CP implicaba del principio *non bis in idem*, el Tribunal Supremo modificó su fundamentación pero

non bis in idem se esgrime como argumento para rechazar la reconducción de determinadas hipótesis al concurso ideal de delitos en detrimento del concurso de leyes...».

³ A este principio se hace referencia en el ámbito comparado como principio *ne bis in idem* frente a la denominación usual en nuestra doctrina y jurisprudencia de *non bis in idem*. En tanto que la primera de estas denominaciones podría tener su origen en la sentencia «*nec amplius agi quam semel actum est*», la segunda se puede deber a la adaptación por parte de la jurisprudencia francesa de la frase de GRACIANO «*non iudicabit Deus bis in ipsum*». Cfr. SCHROEDER, «Die Rechtsnatur des Grundsatzes *ne bis in idem*», *JuS* 1997, p. 228. En opinión de BENLOCH PETIT, «El principio de *non bis in idem* en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario», *Poder Judicial* n° 51, p. 305, la utilización mayoritaria en nuestro país de la denominación *principio non bis in idem*, podría deberse a su mayor proximidad a nuestra conjunción de negación.

⁴ Sobre este tema se escribió mucho en el seno de nuestra doctrina bajo la vigencia del anterior Código Penal y las leyes que regularon el contrabando. Entre otros se pueden consultar, aparte de los manuales, ARROYO ZAPATERO, «Aspectos penales del tráfico de drogas», *RFDUCM* monográfico n° 5, pp. 31 y ss.; MARÍN CASTÁN, «Acerca de la doble tipicidad del tráfico de drogas», *La Ley* 1984, pp. 833 y ss.; CARBONELL MATEU, «Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas», en *La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político-criminales)*, Madrid, 1986; REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*, Barcelona, 1987; el mismo, «El delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y figuras agravadas de primer grado, contenidas en el artículo 344 bis a)», *Comentarios a la legislación penal*, Tomo XII, Madrid, 1990; SOTO NIETO, *El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito de contrabando*, Madrid, 1989; RODRÍGUEZ RAMOS, «Contrabando y/o tráfico de drogas», *Actualidad Penal*, 1989; PRIETO RODRÍGUEZ, *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico español*, Pamplona, 1993. Bajo la vigencia del actual Código Penal y la LO 12/1995, vid. SILVA SÁNCHEZ, «Tráfico de drogas y contrabando. Una nota sobre la necesaria modificación de la doctrina del Tribunal Supremo», *La Ley* 1997 (Diario 4415 de 12 de noviembre de 1997).

no la solución de la concurrencia de estos delitos, de manera que si bien reconoció que el bien jurídico protegido era el mismo —la salud pública—, el plus de antijuricidad que implicaba la introducción desde territorios de producción, justificaba la aplicación del art. 71 CP.

A partir de esta Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1997, se puede afirmar que la doctrina jurisprudencial no sólo ha evolucionado en los argumentos o razonamientos de la decisión, sino que también ha evolucionado en la solución final⁵: el debate que se había declarado «cerrado “en falso”»⁶, ha sido reabierto para darle finalmente una solución más coherente y más respetuosa con algunos de los principios constitucionales que afectan al sistema penal, como el principio de proporcionalidad o el de legalidad⁷, aun cuando esa coherencia no se pueda predicar de la argumentación⁸, como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de estas páginas.

II. Vulneración del principio de proporcionalidad

Con la apreciación del concurso de normas, el Tribunal Supremo pretende evitar la infracción, criticada hasta la saciedad por la

⁵ En la STS de 11 de marzo de 1997 (Ponente Conde-Pumpido Tourón) se afirmaba: «Ahora bien, como señalan entre otras las sentencias de esta Sala de 22 de enero, 28 de octubre de 1992, 12 de octubre de 1995 y 8 de abril de 1996, la doctrina jurisprudencial ha ido evolucionando no en la solución final de concurrencia de ambos ilícitos, sino en los argumentos o razonamientos de la decisión».

⁶ SILVA SÁNCHEZ, «Tráfico de drogas...», *La Ley* 1997, p. 1423, pretendía con su contribución, y ciertamente lo ha conseguido, realizar una aportación «a un debate que parece cerrado “en falso”».

⁷ No podemos dejar de destacar, que con este cambio jurisprudencial se resuelve otro de los problemas de índole constitucional que había sido denunciado por SILVA SÁNCHEZ, «Tráfico de drogas...», *La Ley* 1997, p.1424, y del que se hace eco el propio TS en la citada sentencia de 1 de diciembre de 1997: la infracción del principio de legalidad al aplicarse analógicamente *in malam partem* el artículo 71 ACP a supuestos que no son de concurso ideal, pues no se reconoce el menoscabo de dos bienes jurídicos distintos.

⁸ Igualmente críticas con los argumentos ofrecidos por el Alto Tribunal se muestran, CASTELLÓ NICAS, «La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la relación concursal entre el delito de tráfico de drogas y el delito de contrabando», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 15 de mayo de 1998, n° 1821, pp. 1095 y ss; CAMPOS CRISTOBAL/MARTÍNEZ GARAY, «Concurso de normas entre contrabando y tráfico de drogas: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1997», *Revista General de Derecho*, diciembre 1998, pp. 14134 y ss. En opinión de estas dos autoras, p. 14141, esta deficiente argumentación «redunda en perjuicio de la seguridad jurídica, puesto que en el momento en que el Tribunal decidiera volver a considerar en un futuro que la importación merece una sanción mayor que el tráfico interno, nada le impediría, a partir de esta afirmación, volver a aplicar las dos sanciones, dado que, por definición, el principio de proporcionalidad ya no estaría siendo desconocido».

doctrina⁹, del principio *non bis in idem*¹⁰. Esta vulneración que incluso ya fue denunciada cuando el contrabando era considerado una infracción administrativa y no un delito, se ha ido haciendo siquiera más patente por varios motivos. En primer lugar, por la mencionada elevación del contrabando a la categoría de delito a través de la Ley Orgánica de 13 de julio de 1982; en segundo lugar, debido a la aprobación de la Constitución y al reconocimiento del principio *non bis in idem* por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 30 de enero de 1981¹¹.

En este sentido, no podemos desconocer que el concurso aparente de leyes es un modo de evitar el *bis in idem* sancionador¹² ya que al prever los criterios de selección, tácitamente se está obligando a castigar los hechos una sola vez y conforme al tipo penal más adecuado. Estos

⁹ Vid. entre otros, RODRÍGUEZ RAMOS «Contrabando y/o tráfico de drogas», *Actualidad Penal* 1989, p. 7.

¹⁰ No obstante, en el auto de 16 de julio de 1990, el Tribunal Constitucional consideró que al perseguirse los delitos de contrabando y de tráfico de drogas (introducir drogas ilegalmente en España y distribuir las entre terceras personas), no se estaba infringiendo el principio *non bis in idem*. El Tribunal Supremo también ha negado reiteradamente la infracción del principio *non bis in idem*. En este sentido, ha afirmado que «los delitos contra la salud pública por tráfico de drogas y el de contrabando son susceptibles de sancionarse conjuntamente a través de un concurso ideal de infracciones penales conforme al art. 71 CP, sin atacar ni violar el principio jurídico «non bis in idem», ya que las conductas que den lugar al primero de los delitos atacan a la salud pública y las de contrabando a intereses económicos que necesitan como requisito previo el de haber introducido, penetrado, o comercializado en el territorio español con violación de la normativa que rige la obligación tributaria de las mismas» (STS 19-2-86). Incluso cuando recogió la crítica de la doctrina en el sentido de que la dualidad de bienes jurídicos era artificial y admitió la unidad del bien jurídico protegido, negó la vulneración del principio *non bis in idem* puesto que el hecho de «que ambos comportamientos se residencien normativamente uno en el Código Penal y el otro en norma extravagante del mismo, pero con naturaleza orgánica, es indudablemente un defecto de técnica legislativa, pero no supone incursión en el vedado —*non bis in idem*— ya que si en manera correcta se crease un subtipo agravado del tipo genérico del art. 344 CP derivado de la introducción directa o en connivencia con el introducido (cuyas consecuencias punitivas serían idénticas a las actuales) nada cabría objetar a la exacerbación punitiva, pues se trataría en definitiva de un plus de antijuricidad semejante al que representa el tipificado en los números 2 y 3 del art. 255 CP (1973)» (STS 12-2-89).

¹¹ Vid. en este sentido ARROYO ZAPATERO, «Aspectos penales...», *RFDUCM* monográfico nº 5, p. 31.

¹² GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*»..., cit., p. 31, nos recuerda que tanto en el ámbito doctrinal como en el jurisprudencial, resulta habitual la invocación al principio *non bis in idem* como fundamento material genérico del concurso de leyes penales. A modo de ejemplo podemos traer a colación la STS de 10-4-92 (Pte: Puerta Luis), en la que se afirma que los conflictos de leyes se encuentran «...directamente emparentados con el clásico principio *ne bis in idem*...».

mandatos tácitos tienen, sin lugar a dudas, relación con el principio de legalidad de los delitos (art. 25.1 CP), principio que se encuentra en una estrecha relación con el principio de proporcionalidad de las penas¹³ y, por ende, con el valor de justicia, de interdicción de la arbitrariedad y la dignidad de la persona, de los cuales se puede inferir el principio de proporcionalidad¹⁴.

Y es a este principio de proporcionalidad al que el Tribunal Supremo ha acudido para fundamentar su cambio jurisprudencial en lo referente

¹³ La estrecha relación que existe entre los principios constitucionales de legalidad y de proporcionalidad ha sido puesto de relieve tanto por algunos autores como por el propio Tribunal Constitucional. En este sentido, FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995, traducción de ANDRÉS IBÁÑEZ/RUIZ MIGUEL/BAYÓN MOHINO/TERRADILLOS BASOCO/CANTERERO BADRÉS, p. 398, considera que el principio de proporcionalidad es un corolario, además del principio de retributividad, del principio de legalidad. VIVES ANTÓN, «Principios penales y dogmática penal», *Estudios sobre el Código Penal de 1995, (Parte General)*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, p. 40, estima que del principio de legalidad deriva el de intervención mínima o de proporcionalidad en sentido amplio. Por otra parte, si bien la estrecha relación entre ambos principios constitucionales ya había sido puesta de relieve por el Alto Tribunal en las Sentencias 55/96 (FJ 3) y 161/97 (FJ 8), en las cuales se ha pronunciado expresamente sobre la formulación, contenido y consagración constitucional del principio de proporcionalidad en Derecho Penal, esta estrecha relación ha sido confirmada en la Sentencia 135/99, de 15 de julio de 1999, conocida como la «Sentencia de la Mesa de HB», al apreciarse la vulneración del derecho a la legalidad penal por parte del artículo 174 bis a) CP 1973, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad (FJ 30).

¹⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, «Error reduplicado en la regulación del concurso de leyes. Exégesis crítica en la regulación del artículo 8 CP», *Actualidad Jurídica Aranzadi* 1998, p. 2, afirma que el principio de legalidad de los delitos se encuentra conectado con la idea de justicia, de interdicción de la arbitrariedad, la tutela judicial efectiva y la proporcionalidad de las penas en atención a la gravedad de los delitos (arts. 1, 9, 24 y 25 de la CE). Si bien coincidimos con este autor en la estrecha relación que existe entre el principio de proporcionalidad y el principio de legalidad, no creemos que a luz de la jurisprudencia constitucional se pueda afirmar que el principio de proporcionalidad se encuentre consagrado en el artículo 25 CE como derecho fundamental, tal y como parece poder desprenderse de la relación de artículos que recoge este autor y de la afirmación que realiza en la p. 4. Así, en la STC 65/86 el Alto Tribunal estima que el principio de proporcionalidad no puede considerarse consagrado entre los derechos que son susceptibles de recurso de amparo constitucional y más concretamente en el artículo 25 CE, pronunciamiento que volvemos a encontrar en la STC 11/1993 (FJ 3), con el siguiente tenor literal «Consecuentemente, no cabe deducir del art. 25.1 de la CE un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito». El principio de proporcionalidad tal y como se deduce de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (SSTC 55/96, FJ 3; 161/97, FJ 8; 135/1999, FJ 22), «no constituye un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respeto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales —y en particular de los aquí invocados (arts. 1.1, 9.3 y 10.1 CE)— y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales».

al concurso entre el delito de contrabando y de tráfico de drogas. El Tribunal Supremo considera que este principio deriva del valor de la justicia afirmación que, desde nuestro punto de vista y a la luz de la jurisprudencia constitucional, ha de ser matizada y completada. Como acabamos de afirmar, el principio constitucional de proporcionalidad no sólo cabe inferirlo del valor justicia propio de un Estado de Derecho sino también de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de la dignidad humana (STC 55/96) e incluso del valor libertad (art. 1.1CE), otro de los valores superiores de nuestro Ordenamiento Jurídico, aun cuando el TC no haga referencia expresa al mismo¹⁵.

Si bien el principio de proporcionalidad en sentido estricto es ante todo un principio dirigido al legislador (STC 65/1986)¹⁶, dado su carácter constitucional vincula a todos los poderes públicos (art. 9.1 CE), incluidos los Jueces y Tribunales, al igual que sucede con el resto de los principios constitucionales que afectan al sistema penal. Por ello, se distingue entre la exigencia de proporcionalidad en abstracto y proporcionalidad en concreto. En tanto que la primera se entiende como la necesaria proporción entre la gravedad del injusto y la gravedad de la pena con la que ésta se conmina y se dirige al legislador; la exigencia de proporcionalidad concreta entendida como la necesaria proporción entre la gravedad del hecho concreto cometido y la pena aplicada al autor, tiene como destinatario al Juez o Tribunal. Por consiguiente, cuando el Tribunal Supremo para fundamentar el cambio radical de su postura en lo atinente a la concurrencia entre el delito de tráfico de drogas y el delito de contrabando alude al principio de proporcionalidad, hay que entender que hace referencia a la proporcionalidad concreta

¹⁵ Aunque el TC no haga mención del mismo, consideramos que el valor de la libertad constituye el valor primordial de un Estado de Derecho y dota de contenido al principio de proporcionalidad, puesto que en caso de duda tiene preferencia la efectividad de los derechos fundamentales.

¹⁶ El principio de proporcionalidad en sentido estricto es el tercer subprincipio que junto con el principio de idoneidad y el de necesidad, conforman el principio de proporcionalidad en sentido amplio. En virtud del principio de idoneidad, el Derecho Penal únicamente puede y debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz e idóneo para prevenir el delito, debiéndose evitar su intervención cuando político-criminalmente éste se muestre inoperante, ineficaz e inadecuado o cuando incluso se muestre contraproducente para la prevención de delitos. En Derecho Penal el principio de necesidad se descompone en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y de ofensividad así como en el principio de intervención mínima con sus dos postulados, el principio de subsidiariedad y el de fragmentariedad. Por su parte, el principio de proporcionalidad en sentido estricto es «la vertiente del principio de proporcionalidad que se refiere a la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena» (STC 55/96, FJ 8). Sobre el reconocimiento, contenido y formulación del principio de proporcionalidad en sentido amplio en Derecho Penal, cfr. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Madrid, 1999.

puesto que el juicio de la proporcionalidad abstracta es potestad exclusiva del legislador.

Bien es cierto que habiendo alegado el acusado como único motivo la vulneración del principio *non bis in idem*¹⁷ al apreciarse un concurso ideal entre el delito de tráfico de drogas y el de contrabando, el Tribunal Supremo debería haber fundado su decisión en la superación de esta vulneración. Pero tampoco es menos cierto que con la apreciación de este concurso de delitos se estaba vulnerando al mismo tiempo el principio constitucional de proporcionalidad, principio por otra parte íntimamente relacionado con el principio de legalidad y por ende con el principio *non bis in idem*¹⁸, ya que se estaba imponiendo una pena que no guardaba proporción con la gravedad del hecho¹⁹. Desde nuestro punto de vista, no podía resultar más patente la vulneración del principio de proporcionalidad en sentido estricto —principio que tiene uno de sus principales ámbitos de aplicación en el ámbito de los concursos de delitos²⁰—, al apreciarse un concurso ideal y procederse a la imposición de una pena que no guarda la necesaria relación de proporción con la gravedad del hecho. Tengase en cuenta que en virtud de lo dispuesto en el artículo 77 CP habrá de imponerse necesariamente la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior —con la limitación de que no puede exceder de la que represente la suma de las penas si se penasen separadamente las infracciones—, por lo que en la mayoría de los casos será más grave que la pena que quepa imponer si se aprecia un concurso de normas²¹.

Ahora bien, la vulneración del principio de proporcionalidad no sólo tiene lugar tras la nueva regulación por el significativo aumento de

¹⁷ Según SILVA SÁNCHEZ, «Tráfico de drogas y contrabando...», *La Ley* 1997, p. 1424, no tenía lugar un *bis in idem* total ya que la conducta del sujeto es en estos casos más grave que en los casos de tráfico interno.

¹⁸ Sobre los intentos de fundamentación del principio *non bis in idem* en el principio de proporcionalidad, cfr. GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*...», cit., pp. 87 y ss.

¹⁹ Por este motivo, no compartimos la afirmación de CAMPOS CRISTÓBAL, «Comentario de la sentencia 1-12-1997 (TS Sala Segunda)», en *Revista de ciencias penales*, vol. 1, n.º 1, p. 224, para quien el principio de proporcionalidad «no aparece tan claramente vulnerado, o al menos vulnerado en la forma en la que se refiere en su resolución».

²⁰ Vid. en este sentido LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996, p. 30. Como afirma MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Valencia, 1996, p. 483, «El problema del concurso es, en la práctica, fundamentalmente un problema de determinación de la pena; de ahí que los preceptos que lo disciplinan figuren entre las reglas de determinación o aplicación de la pena».

²¹ El Juez o Tribunal, en la tarea de individualización de la pena que le corresponde, solamente impondrá la pena establecida por la Ley en su mitad superior, cuando concurren una o varias circunstancias agravantes (art. 66. 3 CP).

penas que ha llevado consigo²², sino que ya con anterioridad se estaba vulnerando el mismo al apreciarse un concurso ideal de delitos²³. Este significativo aumento de penas no ha hecho más que agravar la vulneración del principio de proporcionalidad en los supuestos en los que se ha apreciado la concurrencia de dicha clase de concurso. No olvidemos que hasta el 1 de diciembre de 1997, después de año y medio de vigencia del nuevo Código Penal, no ha tenido lugar este cambio en la postura jurisprudencial.

Para fundamentar la vulneración del principio de proporcionalidad, el Tribunal Supremo lleva a cabo una comparación entre la pena que le correspondería al sujeto en caso de apreciarse el concurso ideal entre el delito de tráfico de drogas y el delito contrabando, y la pena prevista para el homicidio²⁴. El motivo no es otro que aun cuando se afirme que es imposible medir la gravedad del injusto individualmente considerado, es posible afirmar atendiendo al principio de proporcionalidad en sentido estricto que, desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena es porque se consideran de gravedad equivalente. Y esta equivalencia no se da, como muy bien ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, entre el concurso ideal de los delitos de tráfico de drogas y contrabando por una parte, y el homicidio por otra. Desde

²² Tal y como ha puesto de manifiesto el propio Tribunal Supremo, el nuevo Código Penal ha supuesto para el delito de tráfico de drogas un aumento significativo del rigor punitivo: «En este sentido, es preciso tener en cuenta que con la nueva legislación, una vez efectuada la reducción establecida en la disposición transitoria 11ª respecto de la pena prevista para el contrabando en la Ley Orgánica 12/1995, la pena que puede resultar del concurso ideal de tráfico de droga y contrabando puede alcanzar a la de 12 años de prisión (para las drogas que causan grave daño a la salud). Tales penas, a las que, como se dijo, ya no es aplicable la reducción prevista en el artículo 100 del Código Penal de 1973, resultan sumamente graves, dado que su máximo es poco menor que el previsto para el homicidio en el artículo 138 del Código Penal» (STS 27-10-98, FJ 5). No obstante, hay quien sorprendentemente niega este reprochable incremento del rigor punitivo. Cfr. en este sentido, CAMPOS CRISTÓBAL, «Comentario de la sentencia 1-12-97...» en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1, nº 1, 1998, p. 223; CAMPOS CRISTÓBAL/MARTÍNEZ GARAY, «Concurso de normas...», *Revista General de Derecho*, 1998, pp. 14137 y 14138.

²³ SILVA SÁNCHEZ, «Tráfico de drogas y contrabando...», *La Ley* 1997, p. 1424, considera que al apreciar el concurso ideal, el Alto Tribunal no sólo se servía de una técnica legislativa defectuosa, sino que también corría el riesgo de vulnerar el principio de prohibición de exceso. Incluso REY HUIDOBRO, «El delito de tráfico...», *Comentarios a la legislación penal*, Tomo XII, cit., p. 387, acude para fundamentar su postura (aplicación preferente del delito de tráfico de drogas frente al delito de contrabando) al principio de proporcionalidad. En opinión de este autor, «la pena impuesta cuando se trata de contrabando de drogas blandas o menores, como el hachís, parece desproporcionada con la significatividad del valor ofendido...».

²⁴ Crítica con esta comparación se muestra CAMPOS CRISTÓBAL, «Comentario de la sentencia...», *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1, nº 1, p. 224.

el punto de vista del principio de proporcionalidad en sentido estricto, un delito de peligro abstracto para la salud de sujetos indeterminados como es el delito de tráfico de drogas, no puede ser sancionado con una pena máxima escasamente menor a la que le correspondería si se llega a causar la muerte, siempre que dicha pena se determine únicamente en base a que la droga ha sido introducida desde el exterior y sin que se haya lesionado o puesto en peligro ningún otro bien jurídico. Incluso si se llegase a afirmar, tal y como hace algún magistrado del Tribunal Supremo, que el delito de tráfico de drogas es un delito de lesión del bien jurídico colectivo salud pública²⁵, tampoco estaría justificada esta desproporción.

El Tribunal Supremo, siguiendo con la fundamentación de su cambio de postura doctrinal, alude a la violación del principio de proporcionalidad en la que habría incurrido el legislador si al prever la sanción correspondiente al tráfico de drogas en el artículo 368 CP, no hubiese tenido en cuenta «el llamado “plus de antijuricidad” al que se viene refiriendo algunas sentencias de esta Sala para hacer referencia a la introducción de la droga en España desde el exterior». Según la Sala, en caso contrario, «la pena resultante resultaría desproporcionada en relación al contenido de ilicitud y de culpabilidad del hecho». Desde nuestro punto de vista, y a pesar del loable intento de justificación que realiza el Tribunal Supremo de su cambio de postura, difícilmente se puede pensar que el legislador a la hora de incriminar las conductas de tráfico de droga y amenazarlas con una pena superior a la que se contemplaba estaba pensando en las conductas de introducción de drogas desde el extranjero, ya que como pone de manifiesto el propio Tribunal no está claro que aumenten la gravedad del hecho²⁶. Únicamente si sostuviésemos que el

²⁵ En este sentido se ha pronunciado MARTÍN PALLÍN —magistrado de la Sala 2ª del TS—, quien se ha apartado de la consideración tradicional del delito de tráfico de drogas, por parte de la jurisprudencia y de la doctrina, como un delito de peligro abstracto. En este sentido afirma en la Sentencia de 2 de febrero de 1998, de la cual es ponente, que «La hipotética lesión de los bienes jurídicos que trata de proteger la legislación de contrabando queda subsumida en la lesión de la salud pública que incuestionablemente se produce con la introducción de la droga en España».

²⁶ «Por lo tanto, en la medida en la que el concurso de normas por consunción depende en gran medida de la magnitud de las penas amenazadas, es indudable que la introducción de la droga, si aumenta la gravedad del hecho, puede ser adecuadamente reprimida con las nuevas penas previstas en el Código Penal para el tráfico con las nuevas penas previstas...». No parece que cuestione la posibilidad de la mayor gravedad, SILVA SÁNCHEZ, «Tráfico de drogas y contrabando...», *La Ley* 1997, p. 1423, cuando afirma «Nada se opone, pues, a la consideración de que la gravedad del hecho de la introducción de drogas desde el extranjero, es superior a otros hechos de tráfico y a extraer de ello las consideraciones procedentes en sede de individualización judicial de la pena (art. 61 ACP; art. 66.4CP)». No obstante, afirma que el recurso al artículo 66.4 CP requiere que «se motive expresamente por qué la introducción desde el exterior

bien jurídico protegido a través del correspondiente tipo penal no es sino el peligro de propagación incontrolada de la droga²⁷ o el comercio incontrolado de la misma, podríamos sostener que estas conductas implican un «plus de antijuricidad» en la terminología utilizada por el Tribunal Supremo. Lo que ha llevado, en nuestra opinión, al legislador penal español a prever unas penas tan elevadas para los casos de tráfico de drogas, no son sino finalidades preventivo generales aun a costa de vulnerar el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Por otra parte, son razones de carácter meramente cronológico, a pesar de que el propio Tribunal Supremo no considera válido este argumento²⁸, las que nos hacen cuestionarnos el hecho de que el legislador haya tenido en cuenta a la hora de prever las penas del artículo 368 CP las conductas de introducción de la droga, puesto que si así hubiese sido no habría tenido necesidad de incluirlas en una Ley que fue aprobada 19 días más tarde que el Código Penal.

Para no dejar lugar a dudas sobre el posible «vaciado por vía interpretativa» del artículo 2.3 de la LO 12/1995, de represión del contrabando, el Tribunal Supremo estima que este artículo no es superfluo²⁹. El artículo 2.3 de la LO 12/1995, a raíz de la nueva interpretación jurisprudencial con motivo de la situación jurídica existente a partir de la entrada en vigor de la LO 10/1995 y LO 12/1995, «debe ser entendido como un auténtico delito fiscal de contrabando, cuyas penas son aplicables a los que teniendo una expresa autorización administrativa para

aumenta la gravedad del hecho del tráfico, algo que dista de ser autoevidente en todos los casos; lo que, a su vez, posibilitará el recurso acerca de si el hecho reviste o no esa mayor gravedad».

²⁷ Vid. la Sentencia de 10-1-1996 (Ponente Martínez-Pereda Rodríguez) en la que se afirma que «el núcleo disvalioso de la acción no reside en el impulso lucrativo del autor, sino ya en el peligro de su difusión que es lo que en verdad pone en peligro el bien jurídico protegido por este delito».

²⁸ En el FJ 7 de la Sentencia de 1 de diciembre de 1997 se afirma: «Contra esta interpretación, se podría sostener que si el legislador ha mantenido el contrabando de drogas en la Ley de Contrabando (art. 2.3 LO 12/1995) es porque entiende aplicable a estos casos de concurrencia las penas previstas para el contrabando, excluyendo el art. 8.3 del Código Penal.

Sin embargo, lo cierto es que el artículo 2.3 LO 12/1995 no agota su sentido en la represión de la tenencia de droga para el tráfico superpuesta con la prevista en el artículo 368 CP. Por el contrario, el delito de contrabando de drogas está previsto por el legislador con una función autónoma».

²⁹ En sentido contrario vid. PÉREZ VALERO, «Contrabando y tráfico de drogas. (Comentario a la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo iniciada con la Sentencia de 1 de diciembre de 1997)», *PJ* n° 51, pp. 565 y 566, para quien el único bien jurídico protegido por esta norma es la salud pública y, por lo tanto, «se llega a la imposibilidad de dotar al precepto de contrabando de drogas de sentido alguno, pues no parece que en el mismo quepa incardinar una infracción de naturaleza fiscal».

la introducción (p. ej. con fines farmacéuticos) de drogas, en general prohibidas, eluden su despacho en las oficinas de aduanas» (SSTS 1-12-1997; 5-12-97; 10-12-97; 16-1-98; 12-1-97; 26-1-97; 3-3-98 y 7-3-98). Esta afirmación unida a la de que «en los supuestos de introducción de droga en España desde el exterior alcanza toda la ilicitud del hecho, pues no existe un interés defraudado en la medida en la que el autor lo hubiere querido satisfacer ello no hubiere sido posible», nos lleva a concluir que el Tribunal Supremo reconoce, acertadamente, que si bien a través de este precepto se protegen dos bienes jurídicos distintos, no todas las conductas abarcadas por el mismo resultan ofensivas a la vez para ambos bienes jurídicos. En este punto, la jurisprudencia sigue lo afirmado por Arroyo Zapatero en relación con el art. 1.3 LO 7/1982: «Podríamos decir, en consecuencia, que el artículo 1.3 de la Ley de Contrabando sirve en principio a la tutela de dos bienes jurídicos, salud pública y Hacienda Pública, pero que no todas y cada una de las conductas susceptibles de inculparse en la Ley de contrabando atentan *a la vez* contra ambos bienes jurídicos, la lesión de uno u otro bien jurídico se realiza alternativamente y no cumulativamente, dependiendo de las características de la conducta de que se trate. Es más, cuando se trate de conductas lesivas de la salud pública, el bien jurídico protegido será esta misma, quedando los demás intereses concurrentes privados de sustantividad propia»³⁰.

III. Criterio para resolver el concurso de leyes

En la misma sentencia de 1 de diciembre de 1997, el Tribunal aclara que de las reglas que el legislador contempla en el artículo 8 CP para resolver el concurso de normas, opta por la contemplada en el artículo 8.3 CP, es decir, la denominada por la doctrina regla de consunción o de absorción, debido a que «La Sala estima que no es de aplicación al caso el artículo 8.4 CP, dado que éste presupone una unidad de acción que en el presente caso no se da, pues la tenencia de la droga y su introducción en España constituirían dos acciones independientes».

Se ha decantado por el criterio que es calificado por algunos como el más importante, junto con el de especialidad³¹, para optar por el concurso de delitos y el de normas penales³². A pesar de que en

³⁰ ARROYO ZAPATERO, «Aspectos penales...», *RFDUCM* n° 5, p. 33.

³¹ QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho Penal. Parte General (Acorde con el Nuevo Código Penal de 1995)*, Barcelona, 1996, p. 579.

³² PUIG PEÑA, Voz «Concurso de leyes penales», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, p. 845, afirma que este criterio sirve fundamentalmente para excluir la apreciación de un concurso de delitos.

realidad habría que cuestionarse hasta qué punto cabe afirmar que el criterio de consunción es independiente del criterio de especialidad³³ y no junto con el de subsidiariedad una metodología en la búsqueda de la especialidad³⁴, el Tribunal Supremo ha optado por el criterio que implica que el precepto más amplio o complejo absorbe a aquellos que castiguen las infracciones consumidas en aquel. No se decanta por ninguno de los criterios que habían sido propuestos mayoritariamente por aquellos autores que con anterioridad a este cambio jurisprudencial abogaban por la apreciación del concurso de leyes, si bien no faltaba quien abogaba por la apreciación de un concurso ideal³⁵. Ciertamente es que en el seno de la doctrina no existía unanimidad sobre el criterio que había de ser adoptado para resolver el concurso de leyes pero, salvo contados casos, los autores no se decantaban por el criterio de la consunción³⁶ sino por el criterio de la especialidad³⁷, el de

³³ Entre los autores que tan solo admiten el criterio de especialidad como el único necesario para resolver el concurso aparente de normas, encontramos a ANTOLISEI, «Sul concorso aparente», en *Scritti di Diritto penale*, Milano, 1955, pp. 245 y ss.; PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen (logische Studien zur Verhältnis von Tatbestand und Handlung)*, Berlin, 1979, pp. 170 y ss. y 313 y ss. Por su parte, JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª Auflage, Berlin, 1993, pp. 866 y ss., considera que todos los criterios utilizados para solucionar la unidad de ley, son reconducibles al principio de especialidad. Recientemente RODRÍGUEZ RAMOS, «Error reduplicado...», *AJA* 1998, p. 1, ha considerado que todas las reglas del artículo 8 CP no son más que un corolario del principio de especialidad.

³⁴ Vid. en este sentido RODRÍGUEZ RAMOS, «Error reduplicado...», *AJA* 1998, pp. 2 y ss. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 67, afirma que al haber adoptado el legislador un concepto reducido de consunción, los supuestos que caen bajo su dominio podrían haberse resuelto con el principio de especialidad.

³⁵ Vid. en este sentido, BERISTIN IPIÑA, *La droga. Aspectos penales y criminológicos*, Bogotá, 1986, pp. 69 y ss., RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 11ª ed., Madrid, 1988, pp. 1084 y ss.; también se pronuncia a favor de la apreciación de un concurso ideal, el magistrado del Tribunal Supremo SOTO NIETO en *El delito de tráfico ilegal de drogas...*, cit., pp. 203 y ss. PRIETO RODRÍGUEZ, *El delito de tráfico de drogas...*, cit., p. 432 afirma que si bien la solución del concurso ideal es perfectamente posible en el plano legal, en la práctica conduce a consecuencias intolerables. También la Fiscalía General del Estado abogaba por la solución del concurso ideal en determinados casos (CFGE 4/1983).

³⁶ Así GARCÍA PABLOS, «La eliminación del requisito de la cuantía en determinados supuestos delictivos», *Comentarios a la legislación penal. Delitos e infracciones de Contrabando*, Tomo III, Madrid, 1984, pp. 308 y ss. y PRIETO RODRÍGUEZ, *El delito de tráfico...*, cit., p. 580, proponían que el ilícito de contrabando fuese plenamente absorbido por el de tráfico de drogas.

³⁷ Vid. en este sentido ARROYO ZAPATERO, «Aspectos penales del tráfico de drogas», *Poder Judicial*, nº 11 (1984), p. 25; REY HUIDOBRO, *El delito de tráfico de estupefacientes...*, cit., pp. 259 y ss.; el mismo en «El delito de tráfico...», *Comentarios a la legislación penal*, Tomo XII, cit., p. 385.

alternatividad³⁸ o incluso por el de subsidiariedad expresa a través del artículo 7 ACP³⁹.

Por otra parte, el motivo que ofrece el Tribunal Supremo para justificar su opción por el criterio de consunción en vez del criterio de alternatividad no nos parece convincente. En primer lugar, no entendemos por qué afirma el Tribunal que la aplicación del criterio de alternatividad previsto en el artículo 8.4 CP presupone una unidad de acción en sentido naturalístico⁴⁰. Como él mismo ha aclarado en alguna ocasión, el criterio de unidad o pluralidad de acciones sirve fundamentalmente para distinguir el concurso ideal del real⁴¹, en tanto que es el criterio de la unidad o

³⁸ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 573, considera que al ser la *ratio legis* en ambos preceptos idéntica, es preferible la tesis del concurso de leyes y castigar sólo la infracción más gravemente penada. En el mismo sentido se pronunció CARBONELL MATEU, «Consideraciones técnico-jurídicas...», en *La problemática de la droga en España...*, cit., pp. 349 y ss. Crítico con la aplicación del criterio de la alternatividad para resolver todos los supuestos de concurso de leyes se ha mostrado GARCÍA-PABLOS, «La eliminación de la cuantía...», *Comentarios a la legislación penal*, Tomo III, cit., p. 308, para quien se trata de un expediente de dudosa aplicabilidad a conflictos que tienen lugar fuera del propio Código Penal; entre éste y una ley penal especial.

³⁹ MARÍN CASTÁN, «Acerca de la doble...», *La Ley* 1984, pp. 835 y ss. Este autor propone la aplicación del artículo 7ACP (art. 9 CP), el cual, no siendo contrario al artículo 68 CP, vendría a complementarlo. Por ello, según este autor y siguiendo a CÓRDOBA RODA, el principio aplicable para resolver el concurso de normas sería el de subsidiariedad expresa a través del art. 7 ACP en favor del artículo 1.3 de la LO 7/1982 ya que, «si el artículo 7 del CP dispone terminantemente que «no quedan sujetos a las disposiciones de este Código los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales»; si la Ley de Contrabando, ley especial, contempla todas las modalidades posibles del delito contra la salud pública del artículo 344 CP, y, por ende, impone penas más graves que éste; y si, además, la salud pública es un bien jurídico protegido, junto con otros, por la Ley del Contrabando, es evidente *la primacía de ésta sobre el Código Penal* para sancionar el tráfico de drogas y estupefacientes en todas sus modalidades...».

⁴⁰ Deducimos que es en sentido naturalístico puesto que en sentido jurídico concurre, ya que de otro modo no podría resolverse el concurso aparente de normas a través de la regla de la consunción. En este sentido COBO/VIVES, *Derecho Penal. Parte General*, 4ªed., Valencia, 1996, p. 161, consideran que la idea de que la unidad de hecho no es esencial al concurso de leyes sólo es exacta «si la expresión «hecho» se entiende en sentido naturalístico; pero no puede aceptarse si por «hecho» se entiende el presupuesto de una norma (esto es, si la expresión «hecho» se emplea en sentido jurídico)...De modo que, a partir de la existencia de una pluralidad de leyes también diferentes no cabe hablar de conflicto de normas».

⁴¹ Esto se pone especialmente de relieve en la Sentencia de la Sala 2ª del TS de 29 de julio de 1998 (Ponente: Delgado García) sobre el «caso Marey», cuando se afirma que el concurso medial «es una modalidad del concurso real (pluralidad de acciones en correspondencia con una pluralidad de delitos) sancionada como si se tratara de un concurso ideal de delitos (unidad de acción con pluralidad de delitos), porque, dicen sus justificadores, esa pluralidad de acciones equivale a una sola en el propósito del agente, lo que equipara la responsabilidad de este hecho complejo a la prevista para el concurso ideal».

pluralidad de bienes jurídicos lesionados el que «sólo puede tener aplicación consecuente como argumento para desechar la consunción que en ciertos casos es postulada para excluir el concurso ideal en favor de un concurso aparente de leyes o normas» (STS 8-10-1991)⁴². Incluso la mayoría de la doctrina considera que en el ámbito del concurso de normas la distinción entre unidad y pluralidad de acciones carece de relevancia⁴³, aun cuando hay autores que exigen la unidad de acción⁴⁴. Asimismo, de forma más reciente⁴⁵, cierto sector de la jurisprudencia considera admisible el concurso de normas cuando se da una pluralidad de acciones siempre que se pueda hablar de unidad de hecho en sentido jurídico. En último lugar, no nos parece convincente porque si aceptamos que el concurso de leyes presupone la unidad de acción, ésta será requisito necesario tanto cuando se opte por el criterio de consunción como por el criterio de alternatividad. Ya que en la ley nada se afirma sobre este particular, de lo único que se puede hablar en estos casos es de unidad de leyes penales⁴⁶.

⁴² No comparte esta opinión jurisprudencial, que también es sostenida por un sector doctrinal, GARCÍA-PABLOS, «La eliminación del requisito...», *Comentarios a la legislación penal*, Tomo III, cit., p. 308. Según este autor, el criterio de la unidad y la pluralidad de bienes jurídicos no determina la naturaleza del concurso, ofreciendo como ejemplo las relaciones de consunción, ya que en ellas difícilmente puede dudarse que se lesionen varios bienes jurídicos. No obstante, desde nuestro punto de vista, incluso en estas relaciones de consunción podríamos afirmar que el bien jurídico protegido es el mismo. Piénsese que en la Sentencia que estamos comentando, entre el delito de tráfico de drogas y el de contrabando existe una relación de consunción, siendo el bien jurídico único: la salud pública. En este supuesto difícilmente se puede cuestionar que el bien jurídico no sea el mismo.

⁴³ Cfr. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1985, pp. 120 y 121; COBO/VIVES, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 161; JESCHECK en JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª Auf., Berlin, 1996, p. 733, afirma que en tanto que el criterio de la unidad y pluralidad de acciones sirve para distinguir claramente el concurso ideal del real, no ocurre lo mismo cuando nos encontramos ante un supuesto de unidad de ley.

⁴⁴ GARCÍA-PABLOS, «La eliminación del requisito...», *Comentarios a la legislación penal*, Tomo III, cit., p. 311, excluye la concurrencia del concurso de leyes siempre que exista una pluralidad de acciones. Esta postura ha sido también defendida por parte de la doctrina alemana, sobre todo a partir de la obra de HONIG, *Vor und Nachtat, passim*, reimpresión de la edición de Leipzig de 1927, Aalen, 1978.

⁴⁵ En la Sentencia de 10 de abril de 1992, el Tribunal Supremo en relación con los actos copenados afirmó: «son aquellos que, aisladamente considerados, constituyen delitos independientes (vid. gr. homicidio e inhumación ilegal), pero que, cuando aparecen unidos a otro hecho (vid. gr. ocultación del cadáver tras el homicidio) resultan ya penados con el castigo de éste. Mas, para que ello pueda suceder, es menester que pueda hablarse de una *unidad de hecho*, en sentido jurídico, y que la norma o precepto penal aplicable al mismo contemple de forma plena el desvalor y el reproche que el ordenamiento jurídico atribuye a la conducta de que se trate».

⁴⁶ La jurisprudencia alemana más reciente denomina mayoritariamente como unidad de leyes, el tradicionalmente denominado concurso de leyes, cfr. JAKOBS, *Strafrecht*

Bien es cierto que los supuestos de actos copenados posteriores y hechos acompañantes típicos son los supuestos mayoritariamente admitidos como concurso de leyes en los que se aprecian la pluralidad de acciones, pero no por ello se deben dejar de aplicar el resto de los criterios para resolver el concurso de normas cuando concurren varias acciones, siempre que se pueda hablar de unidad de hecho en sentido jurídico. Incluso atendiendo al tenor literal de la propia ley llegamos a la misma conclusión, ya que en el supuesto del concurso de normas el legislador habla de los «Los hechos susceptibles de ser valorados...». Acudiendo a la caracterización parcialmente negativa que realiza el legislador del concurso de leyes y al contraste que lleva a cabo no sólo en relación con el concurso ideal de delitos sino también en relación con el concurso real y con el delito continuado, se puede afirmar que la pluralidad de acciones no constituye ningún obstáculo para el legislador a la hora de admitir el concurso de normas⁴⁷. En este sentido también se manifiesta gran parte de la doctrina, al definir el concurso de normas como aquel que tiene lugar cuando uno o varios hechos se pueden incluir en varios preceptos penales si bien tan solo uno se puede aplicar⁴⁸.

Más lógico hubiese sido, desde nuestro punto de vista, argumentar la elección del criterio de la consunción frente al de alternatividad acudiendo a la proclamación expresa que el legislador ha realizado del carácter subsidiario del criterio de alternatividad en el artículo 8.4 del CP al afirmar «En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave...». Por ello, lo más oportuno hubiese sido justificar su opción frente a los dos criterios que preceden en el texto legal al criterio de consunción —el criterio de especialidad y el subsidiariedad—, y más aún frente al primero de ellos aun cuando el criterio de consunción, como ya hemos afirmado, no es más que una versión del principio de especialidad y, por ende, del principio de legalidad considerado conjuntamente con el principio de proporcionalidad. Además, siguiendo a Rodríguez Ramos, consideramos que una vez proclamado el principio de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena

Allgemeiner Teil, cit., p. 866; JESCHECK en JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts...*, cit., p. 732.

⁴⁷ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 65.

⁴⁸ SAMSON/GÜNTHER, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, I, 24 Lieferung (März 1995), 6ª Auf., 1992, Neuwied/Krftel, vor § 52 Nm. 79; JESCHECK, en JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts...*, cit., p. 733; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Barcelona, 1998, p. 675; PUIG PEÑA, Voz «Concurso de leyes penales», *NEJ*, p. 844, habla de la misma situación de hecho, con lo cual no excluye la posibilidad de apreciar este concurso cuando se den varios hechos. También hablan de supuesto de hecho COBO/VIVES, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 161.

—principio de proporcionalidad en sentido estricto— solo será posible imponer una pena más grave cuando el tipo más grave contemple circunstancias agravatorias —principio de especialidad— o conductas más complejas, o cuando la complejidad se deba al bien o a los bienes jurídicos protegidos o, finalmente, cuando el tipo más grave sea aplicable por expresa o tácita remisión de otros tipos penales. La consagración constitucional del principio de proporcionalidad en sentido amplio, y por consiguiente del principio de proporcionalidad en sentido estricto, nos lleva a cuestionarnos la constitucionalidad⁴⁹ del denominado criterio de alternatividad. Siempre que los criterios contemplados en los tres primeros apartados del artículo 8 CP no sirvieran para solucionar el aparente concurso de leyes, la aplicación del precepto penal más grave carecería de justificación material y atentaría contra el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

No obstante, una vez reconocido por el Tribunal Supremo que la introducción de drogas es un hecho acompañante característico del tráfico de drogas prohibidas, el único criterio que podía aplicar para resolver el concurso de normas es el criterio de consunción ya que, como es reconocido en la doctrina, los hechos acompañantes típicos son supuestos a resolver por el principio de consunción⁵⁰. Lo que sí podría ser

⁴⁹ Algunos autores patrios han cuestionado la constitucionalidad del principio de alternatividad invocando diversos principios constitucionales. Así, SANZ MORÁN, «Alternatividad de leyes penales», *Estudios penales en Memoria del Profesor Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, pp 670 y 671, cuestiona la constitucionalidad de la regla del artículo 68 desde la perspectiva del principio de intervención mínima. Este autor considera que resultaría más acorde con este principio, acudir al principio «*in dubio mitius*» o «*in dubio benignus*», principio propuesto y aceptado por un gran número de autores fuera de nuestras fronteras. Crítico con esta opinión se muestra GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem...*», cit., pp. 412 y 413, si bien no ofrece argumentos convincentes que avalen su postura. Este autor realiza la siguiente afirmación: «La decisión de castigar con la pena más grave respeta, por ello, escrupulosamente el principio de legalidad», cuando en ningún momento SANZ MORÁN ha cuestionado la constitucionalidad del criterio de alternatividad desde la perspectiva del principio de legalidad. Por su parte, RODRÍGUEZ RAMOS, «Error reduplicado...», AJA 1998, p. 4, considera que este criterio, impropriamente denominado de alternatividad, es superfluo e inaplicable puesto que incide en la especialidad de la norma y aplicar sin más dicho criterio resultaría inconstitucional por atentar contra el principio *in dubio pro reo* o *favor rei* derivado del principio de legalidad de los delitos y de los demás derechos fundamentales que concurran, ya que éstos han de ser interpretados en el sentido más favorable a su efectiva vigencia.

⁵⁰ JESCHECK en JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts...*, cit., p. 736; VOGLER, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 11ª Auf., Berlin, 1992, Nm. 132 vor § 52; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 875 y ss. Como pone de manifiesto GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem...*», cit., p. 384, n.p.p. 222, uno de los pocos aspectos sobre los que existe unanimidad en el seno de la doctrina alemana es la inclusión de los hechos acompañantes típicos en el concepto de concurso de leyes y su resolución en virtud del

discutible es hasta qué punto se puede afirmar que la introducción de droga es un hecho acompañante típico de la tenencia de drogas y no que la tenencia es un acto posterior copenado. Si atendemos a la definición que ofrece Jescheck⁵¹ de los denominados actos copenados, creemos que no existe ningún inconveniente para considerar que el tráfico de drogas es un acto posterior copenado en relación con la introducción de la droga al constituir la forma de asegurar el beneficio económico perseguido a través de su introducción. Incluso concurre la *conditio sine qua non* para apreciar la cocurrencia de actos posteriores copenados: el hecho posterior no menoscaba un bien jurídico distinto al menoscabado por el hecho principal⁵² y no implica un aumento del daño producido. La introducción de la droga en España crea un peligro abstracto para el bien jurídico salud pública que no es menor que el que crea la tenencia de la droga⁵³.

Por el contrario, creemos que no se puede afirmar tal y como ha hecho el Tribunal Supremo, «que la introducción de la droga desde el extranjero sería un hecho acompañante característico del tráfico de drogas prohibidas que, por regla, no se producen en España, y que, como ocurre con otros delitos (por ej. con el robo o las coacciones o las injurias y los delitos contra la libertad sexual), el legislador ya ha tomado en cuenta la frecuencia de su concurrencia en la pena que se prevé para el delito consumente». Tal y como señala Jescheck, para poder considerar que nos encontramos ante hechos acompañantes típicos el legislador debe de haber previsto en el precepto penal cualificado, la circunstancia de que el hecho normalmente va acompañado por otro hecho cuyo contenido de injusto es significativamente inferior y que,

principio de consunción. Más dividida se encuentra la doctrina germana en cuanto a la ubicación de los actos posteriores copenados en el concepto de concurso de leyes.

⁵¹ JESCHECK EN JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts...*, cit., p. 736. Según este autor, nos encontramos ante actos posteriores impunes o mejor copenados, cuando la acción posterior al hecho delictivo que pretende asegurar los beneficios ilícitamente obtenidos a través de la primera acción, lesiona el mismo bien jurídico y no supone un aumento cuantitativo del menoscabo de dicho bien jurídico. Lo característico de la relación entre el hecho principal y el hecho posterior, es que el autor, por regla general, deberá llevar a cabo el acto posterior para obtener el beneficio del hecho principal.

⁵² SAMSON/GÜNTHER, *Systematischer Kommentar...*, cit., vor § 52 Nm. 101; JESCHECK EN JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts...*, cit., p. 736; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 680.

⁵³ Sobre este aspecto el TS se ha pronunciado en los siguientes términos: «Asimismo, tampoco existe en estos casos un mayor peligro para la salud pública, toda vez que el peligro proviene de la tenencia de la droga dentro del territorio. Precisamente lo que crea el peligro es la introducción de la droga en España y no su introducción por sí misma» (STS 1-12-1997, FJ 6).

frente al hecho principal, aparece como irrelevante⁵⁴; circunstancias que no se dan en el supuesto que nos ocupa. Por otra parte, si atendemos al requisito de unidad de acción que exigen algunos autores para poder apreciar la existencia de un hecho acompañante típico, tampoco podríamos afirmar que nos encontramos ante este hecho acompañante⁵⁵, puesto que el Tribunal Supremo a la hora de argumentar porqué no ha acudido al criterio de alternatividad señala que «éste presupone una unidad de acción que en el presente caso no se da, pues la tenencia de la droga y su introducción en España constituirían dos acciones independientes».

Desde nuestro punto de vista, el Tribunal Supremo ha evitado la consideración de los mismos como hechos posteriores copenados porque a pesar de que tanto éstos como los hechos acompañantes típicos son los grupos de casos que se suelen incluir en el principio de consunción⁵⁶, y en apariencia la solución sería la misma, se llegaría a un despropósito penológico. La pena a imponer si se considera que el tráfico de drogas es un acto posterior copenado sería la prevista en el artículo 3 de la LO 12/1995, pena claramente inferior a la que le corresponde a la conducta de tráfico de drogas a pesar de que la conducta de tráfico no vaya siempre precedida de la de introducción y, sin embargo, la de introducción siempre vaya seguida de la de tráfico⁵⁷. Otro de los motivos podría residir en el hecho de que el ponente de la Sentencia, Bacigalupo Zapater, excluye de los supuestos a resolver por el principio de consunción los hechos posteriores copenados⁵⁸.

⁵⁴ JESCHECK en JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts...*, cit., p. 737.

⁵⁵ SAMSON/GÜNTHER en *Systematischer Kommentar...*, cit., vor § 52 Nm. 98; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos...*cit., p. 125.

⁵⁶ No obstante, en la STS de 10 de abril de 1992 (Ponente: Puerta Luis), se afirma que «tanto la doctrina y la jurisprudencia acuden —para resolver los concursos de leyes— a una serie de principios (de especialidad, de consunción, de subsidiariedad y de alternatividad), que resuelven la mayor parte de las dudas que en la práctica pueden suscitarse. Pero es patente que tales principios no resuelven satisfactoriamente la totalidad de los potenciales conflictos de leyes, directamente emparentados con el clásico principio *ne bis in idem*, y entre ellos cabe citar el supuesto de los denominados «actos copenados» ...».

⁵⁷ En opinión de PÉREZ VALERO, «Contrabando y tráfico de drogas...», *PJ* n° 51, pp. 556 y 557, se incurre en un formalismo, al calificar un mismo hecho dos veces a través de dos verbos típicos distintos, cuando la introducción —ataque más lejano del bien jurídico— ya supone tenencia en el sentido del tráfico.

⁵⁸ BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 3ªed., Madrid, 1994, p. 277, citando a STRATENWERTH, afirma «El tratamiento de estos hechos fuera de los supuestos de consunción se basa en que los «delitos de aseguramiento y utilización retroceden ante el delito cometido para la adquisición de la cosa, que el propio centro de gravedad del ataque criminal, en tanto no ocasionen al afectado un nuevo daño o se dirijan contra un nuevo bien jurídico».

Por otra parte, también resulta criticable la afirmación del Tribunal Supremo de que «el concurso de normas por consunción depende en gran medida de la magnitud de las penas amenazadas». En realidad, es en el denominado criterio de alternatividad o de consunción impropia donde la magnitud de la pena con la que se amenaza alcanza el máximo protagonismo. No en vano, el artículo 8.4 CP establece «En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor».

Aun cuando el principio de consunción es en el seno de la doctrina el más controvertido de todos los propuestos para resolver el concurso aparente de normas⁵⁹ y, a pesar de que la formulación legal del principio de consunción no es un prodigio de claridad⁶⁰, ni la doctrina⁶¹ ni el legislador (art. 8.3) lo plantean en términos de magnitud de penas. Lo determinante para apreciar el criterio de la consunción es que el contenido de antijuricidad y de culpabilidad de una conducta típica englobe a otro tipo, de manera que la condena en base a uno de los tipos abarque el desvalor de todo el hecho⁶².

IV. Conclusión

Para concluir podemos afirmar que, a pesar del loable intento realizado por parte del Tribunal Supremo para solventar los problemas de carácter constitucional que la apreciación del concurso ideal entre el delito de contrabando y el de tráfico de drogas generaba, creemos que

⁵⁹ En opinión de GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*»..., cit., p. 383, «Este déficit en cuanto a su fijación conceptual, convierte al principio, prácticamente, en un subterfugio donde incluir aquellos supuestos en los que de modo más o menos intuitivo se niega la posibilidad de apreciar concurso ideal o real de delitos. Se convierte así la consunción en una categoría residual, a definir negativamente».

⁶⁰ Cfr. QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit., p. 67.

⁶¹ Únicamente MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 680, se plantea si cabría la consunción cuando las penas de los distintos preceptos son similares, pero no es este el caso que estamos tratando.

⁶² JESCHECK en JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts...*, cit., p. 736; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 2. Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, 7ª Aufl, Heidelberg, 1989, p. 436; RODRÍGUEZ RAMOS, «Error reduplicado...», AJA 1998, p. 3; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 679, señala que el principio de consunción conduce a afirmar que un precepto desplaza a otro cuando por sí solo incluye el desvalor que este supone. Para QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, *Comentario al Nuevo Código Penal*, cit., p. 67, «los casos de consunción consisten siempre en lo mismo: que el injusto material de una infracción acogen en sí injustos menores, que se sitúan respecto de ella en una relación cuantitativa de inferioridad».

su argumentación adolece en determinados aspectos de falta coherencia. Tampoco es menos cierto que el legislador es quien ha provocado que se susciten problemas a la hora de interpretar el ámbito de aplicación de estos dos preceptos y que, por este motivo, es el encargado de ofrecer soluciones. De *lege ferenda* proponemos una regulación en la que se incluya como conducta típica la importación de dichas sustancias junto con otras como la exportación, el cultivo, la producción, la distribución o el comercio, tal y como han hecho los legisladores de diversos países europeos de nuestro entorno⁶³. No obstante, se podría llegar por vía interpretativa a una solución parecida si consideramos que las conductas de introducción de droga podrían incluirse en la cláusula abierta que se contempla en el artículo 368 CP «...o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas...», y admitimos que el tráfico de drogas es un hecho posterior copenado.

⁶³ Esta es la regulación contenida en el artículo 71 de la *Legge 22 dicembre 1975, n. 685. Disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope. Prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza* —conductas amenazadas con una pena de reclusión de 8 a 20 años y multa de 50 a 150 millones de liras— o en el párrafo 28.2 de la Ley de drogas (*Suchtmittelgesetz*) austríaca, ley que entró en vigor el 1 de enero de 1998. En este párrafo, se amenazan con una pena privativa de libertad de hasta 5 años, conductas como la producción, importación, exportación o la puesta en circulación de grandes cantidades de drogas. Incluso se elimina en todos los casos, y no como hasta ahora, en alguno de ellos, la doble punición cuando el hecho constituye tanto un ilícito penal como un ilícito fiscal (§ 33 öSMG). Sobre la nueva legislación de drogas en Austria cfr. Köck, «Entwicklung und Stand des Drogenstrafrechts in Österreich», *ÖJZ* 1998, pp. 94 y ss.